

VOTO

O Senhor Ministro Edson Fachin: Ministro Presidente, a responsabilidade civil do Estado por ato praticado por preso foragido passa, necessariamente, por uma dúplice análise.

Isso porque, de um lado, tem-se, uma vez, a necessária compreensão acerca dos potenciais e limites da responsabilidade civil extracontratual do Estado em casos de omissão. De outro, mas com ela conectado, emerge debate sobre os deveres do Estado no que se refere à segurança pública, bem como, especialmente, à higidez do sistema prisional e de cumprimento de pena.

Desde logo consigno, para que não parem dúvidas, que não se está aqui a perquirir a existência de uma omissão ligada ao dever geral do Estado de prover a segurança pública para a preservação da incolumidade das pessoas, do patrimônio e da ordem pública, tal como reza o art. 144, CRFB.

Aqui, em realidade, discute-se à repercussão de **um dever estatal específico de** , no exercício do *jus puniendi*, ao concretamente aplicar pena de privação da liberdade (art. 5º, XLVI, a, primeira parte, CRFB) e executá-la no regime fechado (art. 32, I, CP), **manter o condenado especificamente segregado do convívio social** .

De outra banda, ao decidir o tema nº 592 da Repercussão Geral, recentemente este Plenário tratou da primeira questão (RE 841.526, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 29.07.2016) à luz da existência do específico dever estatal de proteção previsto no art. 5º, inciso XLIX, CRFB.

Dada a relevância para o deslinde do presente caso, rememoro o que consignei no voto apresentado naquela ocasião.

Tormentosas são as águas que deve a Corte Suprema navegar para, reduzindo a equivocidade do texto normativo, chegar à orla da Segurança Jurídica. Ressalte-se que esta é estruturante do Estado de Direito e

ressignificada no Estado Constitucional como dimensão da própria dignidade humana.

A responsabilização extracontratual do Estado por atos e omissões corresponde inegavelmente a um ganho civilizacional. Marca a passagem da noção de súdito para a de sujeito de direito e deste último para o cidadão como pessoa, reconhecido, portanto, em seu intrínseco valor.

A solução das dúvidas hermenêuticas que rebentam do dispositivo previsto no art. 37, §6º, CRFB, especialmente no que diz respeito à omissão estatal, possui nítida relevância e transcendência, como se extrai do reconhecimento da repercussão geral de outros temas para além do ora discutido.

Nessa toada, para além do presente caso e do já mencionado tema nº 592, recordem-se os temas nº 365 (responsabilidade civil do Estado por danos morais decorrentes de superlotação carcerária) e nº 366 (responsabilidade civil do Estado por danos decorrentes de omissão do dever de fiscalizar comércio de fogos de artifício em residência).

Assim, não obstante compreenda e adira a uma postura mais autocontida e reservada no que se refere aos precedentes fixados em sede de repercussão geral, entendo que, tal como ocorreu por ocasião do julgamento do RE 841526, a moldura posta pelo caso concreto não apenas permite, **mas impõe reflexão prévia sobre a responsabilidade civil extracontratual do Estado em caso de omissão**.

Mais do que isso, trata-se de discussão que foge de um interesse meramente acadêmico ou encastelado.

Perceba-se a entrada em vigor do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) e, conseqüentemente, a nova apreensão normativa quanto ao ônus da prova em matéria civil e a sua dinamização (art. 373 NCPC).

Tratando-se de dispositivo vocacionado à formação do convencimento judicial e à decisão (regra de decisão), que impõe ao julgador um olhar atento à natureza do direito material, é límpido que uma interpretação

judicial vacilante e à deriva quanto aos pressupostos do dever de ressarcir danos decorrentes da omissão estatal, pode tornar-se fatal aos pilares estruturantes do Estado de Direito.

Assim, para se evitar uma casuística quanto aos pressupostos da responsabilidade civil do estado por omissão ou prever hipóteses pontuais e específicas em que esta seria subjetiva ou objetiva, ao arripio do nítido tratamento uniforme previsto no art. 37, §6º, CRFB, **entendo tratar-se de responsabilidade objetiva, porém no sentido de um “regime especial de responsabilidade”** . Isso igualmente não significa, de qualquer modo, que tenha sido adotada a teoria do risco integral pela ordem constitucional brasileira.

Falar, porém, que no caso de omissão danosa à luz do art. 37, §6º, CRFB, é necessário para o reconhecimento da responsabilidade que o nexo de causalidade se dê quando houver um **dever legal específico de agir para impedir a ocorrência do dano** , isto é, ao fim e ao cabo, reconhecer a antijuridicidade do ato.

Dessa forma, para poder estabelecer com segurança a sua ocorrência na omissão (e a sua possibilidade de contraprova) , é em meu sentir acertada a teorização de Marçal Justen Filho, para quem, à luz da responsabilidade do Estado consagrada na Constituição da República:

“(...) é mais apropriado aludir a uma objetivação da culpa . Aquele que é investido de competências estatais tem o dever objetivo de adotar as providências necessárias e adequadas a evitar danos às pessoas e ao patrimônio. (...) Não é necessário investigar a existência de uma vontade psíquica no sentido da ação ou omissão causadora do dano. A omissão da conduta necessária e adequada consiste na materialização de vontade defeituosamente desenvolvida. Logo, a responsabilidade continua a envolver um elemento subjetivo, consistente na formulação defeituosa da vontade de agir ou deixar de agir” (JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade do Estado. In : FREITAS, Juarez (Org.). A Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 226-248, p. 232. Vide também: JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo , 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1308-1309).

Como explica o autor, a partir do reconhecimento de uma concepção objetivada de culpa se confere o cabedal teórico necessário para, a um só tempo, dar tratamento uniforme para a responsabilidade por ação e omissão, pois “ o critério de identificação da ilicitude da atuação estatal reside não apenas na infração objetiva aos limites de suas competências e atribuições, mas também na observância e no respeito às cautelas necessárias e indispensáveis para evitar o dano aos interesses legítimos de terceiros” (JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade do Estado. In : FREITAS, Juarez (Org.). *A Responsabilidade Civil do Estado*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 233. Vide também: JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo* , 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1311).

Com isso desloca-se a discussão do plano puro da “presença de nexo causal” para a verificação de efetiva infração a um dever específico de diligência estatal , ou seja, uma questão a ser previamente dirimida diante da própria caracterização do dever, o que tem relevância sobremaneira não apenas para o caso concreto, mas para todas as demais hipóteses de omissão estatal.

É possível, na visão do professor paranaense, então, pensar em danos que decorrem diretamente de uma infração a dever jurídico , que caracteriza hipótese de ilícito omissivo próprio . E também é possível pensar em casos em que a norma visa a impedir a ocorrência de determinado resultado danoso , o qual viria a se consumir em razão de ausência de ação de cautelas necessárias a tanto, caracterizando, assim, ilícito omissivo impróprio.

Como explica Marçal Justen Filho:

“(…) a conduta, considerada em si mesma, é insuficiente para autorizar uma qualificação jurídica. (...) Se houver regra (mesmo técnica) determinando a obrigatoriedade da atuação, em situações daquela ordem, o panorama jurídico atinente ao ato omissivo é idêntico ao dos atos comissivos. (...) **Nas hipóteses, porém, em que não existir regra determinando a atuação do sujeito, não haverá fundamento para presumir a presença de um elemento subjetivo reprovável. Nem se poderá considerar reprovável a conduta do agente, sem maiores perquirições. Em tais hipóteses, será necessário**

pesquisar o elemento subjetivo. Será imperioso determinar a previsibilidade do evento danoso, a existência do dever de adotar providências para evitar tal evento e a ausência da ação das medidas cabíveis. Somente em caso de resposta positiva a tais indagações é que se configurará a responsabilidade civil do Estado (e do concessionário de serviço público) ” (JUSTEN FILHO, Marçal. A Responsabilidade do Estado. In : FREITAS, Juarez (Org.). A Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 236-237, p. 233. Vide também: JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo , 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1318; grifei).

De todo modo, se garante a unidade quanto à interpretação do art. 37, §6º CRFB porque a reprovabilidade diante da omissão imprópria é idêntica àquela que se coloca, tanto nos casos de responsabilidade por ação, quanto nos caso de responsabilidade por omissão própria.

Disto isso, resta a aplicação dessa compreensão ao caso dos autos.

Como disse ao principiar o voto, se aqui se estivesse a se perquirir a existência de uma omissão ligada ao dever geral do Estado de prover a segurança pública, o que, em meu sentir, constituiria nítida hipótese de ilícito omissivo impróprio, **tal como ocorreria diante de execução de pena de restrição da liberdade nos regimes semi-aberto e aberto**, caberia à parte que alega o dano procurar demonstrar que o Estado deixou de adotar as medidas cabíveis dele razoavelmente expectáveis. Exemplificativamente, ter-se-ia, a necessidade de se demonstrar a inexistência ou o aparelhamento inadequado dos órgãos de segurança pública, a ausência de número adequado de agentes penitenciários, etc.

Isso se daria a fim de evitar que o Estado se convolasse em verdadeiro **segurador universal** , ignorando as premências, dificuldades e limitações da concretude. É certo que não se pode atribuir ao Estado a expectativa, não realizável, de impedir a prática de todas as pulsões criminosas dispersas na realidade social.

No presente caso, porém, trata-se de nítida hipótese de **omissão própria** , tendo em vista que o Estado ao chamar para si a persecução penal e, por conseguinte, a aplicação da pena privativa de liberdade a ser cumprida em regime fechado, não apenas se atribui a importante responsabilidade de

efetivamente resguardar a plenitude da dignidade do condenado que se encontra sob sua tutela, mas igualmente a responsabilidade específica de mantê-lo segregado do convívio social.

Diante disso, somente é possível afastar a responsabilidade civil objetiva do Estado diante de omissão própria em face do dever de manter segregado em regime fechado nas hipóteses em que o Poder Público efetivamente comprove a inexistência de nexos de causalidade entre a sua omissão específica e o resultado danoso perfectibilizado no mundo fático decorrente da fuga que antecede o antecede.

Perlustrando os autos, verifico ter constado da ementa do acórdão recorrido o seguinte:

*“Estando incontroverso nos autos que certo detento descumpriu a **s regras do regime semi-aberto** de cumprimento de pena, tendo fugido e delinqüido, demonstrados o dano, bem como o fato administrativo e o nexo de causalidade, referindo-se à **conduta omissiva do Estado que deixou de exercer vigilância de preso sob sua custódia**, o que impõe a sua condenação ao pagamento de indenização por danos morais, materiais e pensão”* (fl. 280, grifei)

No corpo do voto condutor do acórdão recorrido, colhe-se:

*“No caso em tela, necessário transcrever o histórico criminal do autor do latrocínio do esposo e pai dos recorridos: foi preso em 4-6-1997; fugiu em 19-6-2008 [trata-se, em realidade de 19.06.1998] ; recapturado em 25-6-1998; em 4-8-1998, foi colocado no regime semi-aberto, devendo pernoitar na Depol; **cometeu novo delito, sendo preso novamente; em março de 1999, o juiz concedeu a comutação da pena pelo Decreto de 1998, sendo que regrediu de regime face o advento da condenação a 04 anos pela infração ao artigo 155, parágrafo 4º, IV do Código Penal; fugiu novamente em 10-11-1999 ; recapturado em 9-3-2000, portanto posteriormente ao latrocínio, praticado em 28-2-2000 .***

*Dessa forma, existia para a Administração Pública Estadual, o dever de zelar pela segurança dos cidadãos em geral. **A omissão estatal, na espécie, consubstancia-se na negligência quanto ao emprego de medidas de segurança carcerária, plenamente adequadas às circunstâncias específicas do caso, o que se observados certos cuidados objetivos, poderia ter evitado o resultado da tragédia .***

Incontroverso é o fato que o criminoso descumpriu as regras de sua prisão, fugiu e cometeu o latrocínio, pelo que demonstrados o dano, bem como o fato administrativo e o nexo de causalidade entre eles, referindo-se o fato à conduta omissiva do Estado, que deixou de exercer controle de preso sob sua custódia, o que impõe a sua condenação ao pagamento de indenização, sendo certo que a responsabilidade civil do Estado por culpa in vigilando é objetiva, tendo esse produzido a situação que culminou na morte do Sr. Vilson Lebttag, ainda que a conduta não tenha sido realizada diretamente por seus agentes” (fl. 285; grifei)

Ou seja, não obstante conste da ementa que no momento do cometimento do crime o autor do latrocínio estaria cumprindo pena em regime semi-aberto, **da leitura do corpo do voto acima transcrito extrai-se que se encontraria, em realidade, em regime fechado , a aplicar a compreensão que há pouco evidenciei .**

Verifico, de outro lado, que no recurso extraordinário aviado nos autos, o Estado do Mato Grosso tão somente alega a ausência de nexo de causalidade entre a fuga e o cometimento do crime dado o lapso temporal transcorrido, que seria de aproximadamente 03 (três) meses, entre 10.11.1999 (data da fuga) e 28.02.1000 (data do cometimento do delito -fls. 300).

Ora, tal fato, que consta do acerto fático do acórdão recorrido, não é hábil, por si só, para afastar a incidência da responsabilidade. Isso porque **o Estado não demonstrou o porque seu dever, próprio e específico, de manter a segregação do preso que cumpre pena em regime fechado, teria resultado de fato de terceiro.**

Não se desincumbiu o Estado, ao menos diante do acerto fático que prevaleceu no acórdão recorrido, do ônus de demonstrar a excepcionalidade da fuga do autor do crime que, ao fim e ao cabo, acabou por vitimar o senhor Vilson Lebttag, parente dos Recorridos. Ou seja, não demonstrou que, não obstante tenha adotado todas as medidas cabíveis e dele razoavelmente expectáveis para evitar a fuga do autor do crime, não tenham elas sido suficientes por razões absolutamente extraordinárias e alheias ao seu agir.

Dessa forma, há que prevalecer a compreensão de que houve uma falha estatal de seu dever próprio e específico de manter condenado devidamente custodiado.

Com essas considerações, entendo que a tese pode ser vazada nos seguintes termos:

“o Estado pode ser objetivamente responsabilizado por dano decorrente de crime praticado por preso foragido que cumpria pena em regime fechado (art. 5º, XLVI, a, primeira parte, CRFB; art. 32, I, CP) por inobservância do seu dever específico de manter o condenado devidamente segregado do convívio social, dever esse cujo não atendimento constitui ilícito omissivo próprio, admitindo-se a comprovação pelo Poder Público de causa excludente do nexo de causalidade entre a sua omissão e o dano sofrido pela vítima, exonerando-o, nessa hipótese, do dever de reparação”.

Quanto à solução do caso concreto, voto pela negativa de provimento ao Recurso Extraordinário.

É como voto.

Plenário Virtual - minuta de voto 02/09/20 20:18